Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

X.

Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen aus dem Gebiete des Civilrechts.

Von Herrn Profeſſor Dr. Marezoll zu Gießen.

Vorwort.

Die nachfolgenden Abhandlungen machen in keiner Beziehung Anſpruch auf bedeutendes literäriſches Verdienſt. Es ſind abgeriſſene Gedanken, wie ſie ſich dem Verfaſſer bey dem Gebrauche der Quellen für Vorleſungen aufdrängten, ohne daß er ſie zu einem größeren wiſſenſchaftlichen Werke beſtimmte. Sollte das Wahre, was etwa darin enthalten iſt, ſich ſchon anderswo finden, ohne daß es der Verfaſſer wüßte, ſo muß er freylich darauf verzichten, etwas ganz Neues geſagt zu haben. Indeſſen war es dann doch wohl nicht unnütz, darauf von Neuem aufmerkſam zu machen, indem das Gegentheil gewöhnlich gelehrt wird. Was das vielleicht ſich findende Falſche und Irrige in dieſen Abhandlungen betrifft, ſo glaubt ſich der Verfaſſer gegen den daraus hervorgehenden Tadel keineswegs ſchon dadurch hinreichend gedeckt, daß er zum Theil nur Zweifel und Vermuthungen angekündigt hat; denn grundloſe Zweifel und Vermuthungen fördern die Wiſſenſchaft nicht, und ſollten daher wegbleiben. Allein es ſtießen ihm manche Zweifel auf, die er weder ſelbſt ganz befriedigend zu löſen vermochte, noch von Anderen gelöſt fand. Wenn dann nur hinreichender Grund zum Zweifeln vorliegt, ſo rechtfertigt ſich auch wohl eine ſich darauf beziehende Vermuthung, beſonders wenn ſie wirklich als bloße Vermuthung geäußert wird. Dieſes iſt nun namentlich der Fall in Rückſicht der

längſten der nachfolgenden Abhandlungen, über die Stellung der Deliberationsfriſt zu dem Inventare. Der Verfaſſer hat in jener Abhandlung ſelbſt es ausgeſprochen, wie wenig er geneigt iſt, eigenſinnig an der dort aufgeſtellten Hypotheſe feſt zu halten, ſobald ihm eine wahrſcheinlichere oder gewiſſe Löſung ſeiner Aufgabe gezeigt wird, und wie er daher mehr dabey beabſichtigt, Anderen, von denen eine gründlichere Hebung derſelben zu erwarten iſt, die Gründe ſeiner Zweifel zu entwickeln. Aus dieſer Urſache hat der Verfaſſer denſelben Titel wieder gewählt, unter welchem er eine Reihe ähnlicher Bemerkungen ſchon früher in einer anderen Zeitſchrift [1]) dem Publikum übergeben hat.

I.

C. 8. pr. und §. 1. C. 6. 61.

Man bemerkt überall richtig, daß der Vater die ſeinem Filiusfamilias deferirten Erbſchaften und Vermächtniſſe, wenn das Hauskind ſie ausſchlägt, für ſich ſelbſt erwerben könne. Allein, warum beſchränkt man dieſes auf deferirte Erbſchaften und Vermächtniſſe? Daſſelbe gilt ja, nach klaren Worten der Conſtitution, auch von allem übrigen, dem Filiusfamilias angebotenen Erwerbe, der regelmäßig zu dem ſo genannten peculium adventitium gehören würde. Namentlich ſteht es dem Vater frey, falls der Sohn es ausſchlägt, etwas aus einer Schenkung oder einem anderen Contracte anzunehmen, was ihm angeboten worden, dieſes nunmehr für ſich ſelbſt zu erwerben.

[2]) „Sancimus itaque, *in omnibus rebus, quae effugiunt quidem dominii adquisitionem*, sed ususfructus tantummodo patri offertur, vel aliis paren-

1) v. Grolman und v. Löhr Mag. für Rechtsw. und Geſetzgeb. Bd. IV. 2s und 3s Heft.

2) Const. cit. pr.

tibus a filiofamilias cujuscunque gradus, vel sexus, sive pater adire filiumfamilias integrae aetatis compellit, et ille reclamandum existimat, sive filiusfamilias adire cupit, et pater in contrarium inclinat: liberam habere licentiam et patrem ipsum sibi adire hereditatem recusante filio, et omne sive damnum, sive lucrum in suam habere fortunam, nullo ex hoc praejudicio filio generando. Sive e contrario, patre recusante, filius adire hereditatem voluerit, nullam adquisitionem, neque usumfructum patri offerri, sed ipsum filium sibi imputare, si quid ex hoc contigerit; nulla actione, neque contra patrem danda, ubi adversus ejus voluntatem filius hereditatem, vel legatum, vel fideicommissum, *vel aliud quidquam ex quocunque titulo, sive donationis, sive contractus alterius*, sibi adquirere maluerit; neque adversus filium simili modo actione extendenda, ubi, recusante eo, pater sua auctoritate *haec* sibi vindicet."

Man ſieht aus dieſer Stelle deutlich, daß zu Anfang derſelben Erbſchaften und Vermächtniſſe nur als Beyſpiele, nur als die gewöhnlichſten, häufigſten Arten des ſ. g. Adventitienerwerbes genannt worden ſind.

In derſelben Conſtitution verordnet Juſtinian, daß der Filiusfamilias, für welchen der Vater, als jener noch infans war, eine Erbſchaft angetreten hat, dagegen ſpäterhin Reſtitution verlangen könne, daß dann der Vater ſelbſt die Erbſchaft behalten müſſe, u. ſ. w. Eben ſo beſtimmt der Kaiſer, welche Rechte der Filiusfamilias ſpäterhin habe, wenn während ſeiner infantia der Vater in ſeinem Namen eine deferirte Erbſchaft ausgeſchlagen hat [3]). Auch dieſe Sätze beſchränken ſich nicht lediglich auf Erbſchaften und ſonſtigen letztwilligen Erwerb, ſondern gelten auf gleiche Weiſe von

3) Const. cit. §. 6.

jedem anderen, namentlich auch vertragsmäßigen Erwerbe, der dem Filiusfamilias angeboten worden iſt. Dafür ſpricht nicht blos die Analogie des Vorhergehenden, ſondern auch der deutliche Schluß der Conſtitution. Denn, nachdem die verſchiedenen erwähnten Fälle und die Grundſätze, wonach ſie zu beurtheilen, zunächſt immer bloß mit Rückſicht auf Erbſchaften, abgehandelt worden ſind, fährt Juſtinian ſo fort [4]:

„Quae et in legatis et in fideicommissis, tam specialibus, quam per universitatem relictis, *et in aliis causis, quas supra enumeravimus, similibusque eis*, observanda sunt.“

Dieſe *aliae causae* ſind offenbar nichts anderes, als das, was oben umſchrieben wurde durch *aliud quidquam, ex quocunque titulo, sive donationis, sive contractus alterius.*

II.

Fr. 11. §. 2. D. 37. 11.

Bekanntlich kann ein durch hinterdrein eingetretene capitis deminutio minima des Teſtirers ungültig gewordenes Teſtament durch bonorum possessio secundum tabulas aufrecht erhalten werden, wenn der Teſtirer ſpäterhin wieder sui juris wird und als ſolcher verſtirbt. Nur muß derſelbe, nachdem er sui juris geworden, nochmals erklären, daß das Teſtament gelten ſollte. Ueber die Art und Form der zu dieſem Zwecke abzugebenden Erklärung ſagt man gewöhnlich nichts weiter [5], oder man giebt wohl gar geradezu an, daß jene Erklärung auf jede beliebige Weiſe geſchehen könne [6], oder endlich man bemerkt, wie die Erklärung auch

4) Const. cit. fin.

5) So namentlich Thibaut, Syſt. d. P. R. B. II. §. 844.

6) Schweppe, das röm. Priv.R. §. 571.

in einem Codicille abgegeben werden könne [7]). Allein alles dieſes ſcheint mir nicht befriedigend. Denn es wird uns von Papinian ganz beſtimmt die Form vorgeſchrieben, in welcher allein eine ſolche Erklärung Wirkung hat. Sie muß nämlich entweder in einem Codicille, oder wenigſtens in einer ſchriftlichen Urkunde geſchehen.

„Plane, si sui juris effectus *codicillis*, *aut aliis litteris* eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, judicio recenti redisse intelligitur.“

III.

C. 24. C. 2. 19.

Der negotiorum gestor hat keine Klage weiter aus der negotiorum gestio von dem Augenblicke an, wo ihm die Administration verboten worden iſt. Dabey ſcheint mir nur ein Umſtand gewöhnlich ganz überſehen zu werden; nämlich daß das Verbot, die *denuntiatio*, *attestatio* des Geſchäftsherrn, wenn ſie die angegebene Wirkung haben ſoll, in einer beſtimmten Form, entweder ſchriftlich oder vor Zeugen geſchehen muß.

„Quod nullo modo patimur; sed ex quo ea testatio ad eum facta est, *vel in scriptis*, *vel sine scriptis*, *sub testificatione aliarum tamen personarum*, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei competere actionem.“

Daß das nicht blos ſo viel heißt, es müſſe nöthigenfalls das Verbot ſpäterhin bewieſen werden können, bedarf wohl keiner beſonderen Ausführung. Denn theils verſteht es ſich ja von ſelbſt und bedurfte alſo auch keiner Erwähnung, daß dasjenige, was nicht bewieſen werden kann, juriſtiſch gar nicht vorhanden iſt; theils bleibt ja der Beweis auch ohne

7) Mackeldey, Lehrb. d. heut. röm. R. §. 478. not. b.

Schrift oder Zeugen möglich. Endlich erklärt es ſich aus anderen Gründen leicht, warum eine beſtimmte Form hier als nothwendig vorgeſchrieben wurde.

IV.

C. 10. C. 6. 22.

Taubſtumme, welche nicht ſchon von der Geburt an es waren, können bekanntlich teſtiren, aber natürlich nur ſchriftlich, und zwar ſo, daß ſie ſelbſt das ganze Teſtament, oder die andere letztwillige Verfügung, eigenhändig ſchreiben müſſen [8]).

Gewöhnlich erwähnt man das blos bey der Frage, ob Taubſtumme teſtiren können. Allein es ſcheint das auch an einer anderen Stelle unſerer Syſteme des römiſchen Rechtes einen Platz zu verdienen; nämlich bey Abhandlung der außerordentlichen Teſtamentsformen, mit ungewöhnlich vermehrten Solennitäten. Denn es gehört doch offenbar zu den vermehrten und erſchwerten Förmlichkeiten, daß der Taubſtumme das Teſtament ſelbſt eigenhändig geſchrieben haben muß, während regelmäßig nichts darauf ankommt, ob der Teſtirer den letzten Willen ſelbſt geſchrieben hat, oder ihn durch Andere ſchreiben läßt. Würde das Teſtament des Taubſtummen ſo unter den außerordentlichen Teſtamentsformen, namentlich neben dem Teſtamente des Blinden, im Syſteme mit angeführt, ſo würde auch nicht ſo oft, wie jetzt geſchieht, die erwähnte Eigenthümlichkeit, daß der Teſtirer Alles eigenhändig ſchreiben muß, überſehen werden.

V.

Fr. 12. §. 1. D. 27. 1.

Nicht blos von einer neu angetragenen, ſondern auch von einer ſchon übernommenen Vormundſchaft werden befreyt,

---

8) „Omnia, quae priori interdiximus, haec *ei sua manu scribenti* permittimus.“

„qui domicilium alio transtulerunt ex rescripto imperatoris, scientis quidem tutorem esse, transmigrare autem expressim ei concedentis, et *horum alterutrum litteris significantis.*“

So viel ist hier klar, daß diese Excusation voraussetzt erstens ein wirkliches Migrationsrescript, etwas Schriftliches vom Kaiser. Es muß zweitens der Kaiser gewußt haben, daß derjenige, an den er rescribirt, Tutor sey, und dennoch muß er ihm *expressim*, ausdrücklich die Migration erlauben. Endlich drittens muß der Kaiser *horum alterutrum* im Rescripte selbst erwähnen. Nach dem strengen Wortsinne soll also das Rescript enthalten, entweder daß der Kaiser von der schon übernommenen Vormundschaft Kenntniß habe, oder daß er ausdrücklich den Wechsel des Domiciles erlaube. Dabey wirft sich nur die Frage auf, wie das Rescript das erstere ohne das andere enthalten könne, und man möchte um so mehr zu der Annahme verführt werden, daß hier *alterutrum*, vielleicht aus Versehen, für *utrumque* stehe, weil die Basiliken [9]) wirklich verlangen, daß beides im Rescripte erwähnt werde:

ἐν ᾧ ἤδει αὐτὸν ὁ βασιλεὺς ἐπίτροπον, καὶ ῥητῶς ἐν τῇ κελεύσει καὶ τῆς μετοικίας, καὶ τῆς ἐπιτροπῆς ἐμνημόνευσεν.

Indessen möchte es dennoch zu gewaltsam herauskommen, wenn man so ohne weiteres alterutrum durch utrumque erklären wollte, obgleich ähnliche Verwechselungen von diesen beiden Worten sich nachweisen lassen. Auch läßt sich ohne eine solche gewaltsame Maaßregel ein vernünftiger Sinn hinein interpretiren. Der Regent muß, bey Erlassung des Migrationsrescriptes, immer gewußt haben, daß der, welchem der Wechsel des Domiciles erlaubt wird, schon eine Tutel hatte. Allein, daß er dieses gewußt habe, soll entweder im Rescripte selbst stehen, oder wenigstens dadurch von ihm angedeutet

9) Tom. V. p. 7.

werden, daß er *expressim*, ausdrücklich, alſo als etwas Beſonderes, dem bisherigen Tutor das transmigrare verſtattet. Aus dieſer ſpeciellen, beſonderen Erlaubniß ſoll gefolgert werden, daß der Regent von dem bisherigen vormundſchaftlichen Verhältniſſe Kunde gehabt habe.

Aus dem Bisherigen geht ſchon von ſelbſt hervor, wie unvollſtändig gewöhnlich dieſe ganze excusatio abgehandelt wird. Namentlich iſt es durchaus irrig, wenn man dabey von einer Veränderung des Wohnortes auf Befehl [10] des Regenten redet. Denn von einem ſolchen Befehle enthält die Stelle nichts; im Gegentheile redet ſie von einem transmigrare *concedere*, als einem Gnadenreſcripte.

VI.

C. 22. §. 1. C. 6. 30.

Bey neu eingeführten Inſtituten, welche durch eine einzige Verordnung das ganze frühere Verhältniß einer Lehre durchgreifend ändern, kann es ſehr leicht geſchehen, daß einzelne Punkte dieſes neu geſchaffenen Inſtitutes unbeſtimmt bleiben; ſey es nun, weil der Geſetzgeber ſie ganz überſah, oder weil er ſich nur zu kurz und undeutlich ausdrückte.

Eins von beiden ſcheint bey Juſtinian's berühmter Const. 22. §. 1. C. 6. 30. der Fall geweſen zu ſeyn. — Die Stelle, die ich hier meine, lautet ſo:

„Cum igitur hereditas ad quendam, sive ex testamento, sive ab intestato sit delata, sive ex asse, sive ex parte: si quidem recta via adire maluerit hereditatem et spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscuerit, ut non postea eam repudiet, nullo indiget inventario, cum omnibus creditoribus suppositus sit, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa. Similique modo, si non titubante animo

10) So namentlich noch Wening-Ingenheim, Lehrb. d. gem. Civ. R. Th. 3. §. 152.

respuendam, vel abstinendam esse crediderit hereditatem, et apertissime intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit, scriptum se esse, vel vocatum heredem, ei renuntiet; nullo nec inventario faciendo, nec alio circuitu exspectando, sit alienus ab hujusmodi hereditate, sive onerosa, sive lucrosa sit.“

Es werden hier in Rückſicht der Frage, **wann** und **ob** ein Inventarium oder eine Deliberationsfriſt nöthig erſcheine, folgende drei Fälle unterſchieden.

Erſtens iſt es möglich, daß Jemand, weil er der deferirten Erbſchaft traut, und bereit iſt, alle Schulden zu übernehmen, keinen Augenblick Anſtand und Bedenken hat, ſich bleibend und für immer mit der Erbſchaft zu befaſſen. Dann bedarf er weder eines Inventares, noch einer Deliberationsfriſt [11]). Hier iſt ſchon der Umſtand bemerkenswerth, daß, wenn dem berufenen Erben die Möglichkeit bleiben ſoll, nach ſchon geſchehener Antretung aus irgend einem geſetzlich ſtatthaften Grunde die Erbſchaft wieder aufzugeben, der Erbe ein Inventarium errichtet haben muß. Denn es heißt ausdrücklich, es bedürfe keines Inventares, wenn der Erbe die Erbſchaft ſo antritt, *ut non postea eam repudiet.* Daher kann auch in dieſer Beziehung das Inventariſiren unter Umſtänden ſehr räthlich werden.

Eben ſo wenig bedarf es **zweitens** eines Inventares, oder einer Deliberationsfriſt für denjenigen, welcher, ohne über ſeinen Entſchluß im Geringſten zweifelhaft zu ſeyn, ſich für die **Ausſchlagung** der Erbſchaft beſtimmt, und dieſes **binnen drei Monaten**, vom Augenblick der erfahrenen Delation an gerechnet, *apertissime*, ganz unumwunden und deutlich zu erkennen giebt [12]).

---

11) Const. cit. verb. cum igitur hereditas — infixa.

12) Const. cit. verb. Similique modo — lucrosa sit.

Daran knüpft ſich nun aber ſehr natürlich drittens die Frage, wie ſich das Verhältniß geſtaltet, wenn der berufene Erbe nach drei Monaten ausſchlagen will, in wie fern es für dieſen Fall, wie Juſtinian ſich ausdrückt, eines circuitus des Inventares oder der Deliberationsfriſt bedürfe.

Daß es überhaupt hier eines ſolchen circuitus bedürfe, um ſicher zu ſeyn, das geht wohl unzweifelhaft hervor aus der ganzen Wortfaſſung und dem übrigen Zuſammenhange. Denn wenn der Berufene auch noch nach drei Monaten, ohne vorher ein Inventarium errichtet, oder Deliberationsfriſt erhalten zu haben, ſchlechtweg nach Belieben die Erbſchaft annehmen oder ausſchlagen könnte, ohne irgend einen Rechtsnachtheil zu befürchten, kurz, eben ſo gut und leicht, wie vor der dreimonatlichen Friſt: ſo hätte es ja durchaus keinen vernünftigen Sinn und Grund, warum Juſtinian ausdrücklich erklärt, daß innerhalb jener erwähnten Friſt der Berufene ſich ohne alle Weitläuftigkeiten, namentlich ohne Inventar und Deliberationsfriſt, von der deferirten Erbſchaft losmachen könne; beſonders da, um dieſe Wirkung und Befreyung von allen Weitläuftigkeiten hervorzubringen, ſogar beſtimmt eine ganz unumwundene Erklärung, die Erbſchaft nicht haben zu wollen, vorgeſchrieben iſt.

Vorausgeſetzt wird überhaupt hier ein Fall, wo der berufene Erbe noch zweifelhaft iſt, ob er die Erbſchaft haben will, oder nicht. In einem ſolchen Falle hat er, nach Juſtinian's neueſten Vorſchriften, die Wahl, ob er, was er ja ohne weiteres Riſiko kann, ohne weiteres die Erbſchaft mit der Rechtswohlthat des Inventars antreten, oder ob er um eine Deliberationsfriſt nachſuchen will, wobey er aber freylich, um ſicher zu gehen, es nicht verſäumen darf, zugleich ein Inventar zu errichten [13]). Er mag ſich indeſſen für das Eine oder das Andere beſtimmen, immer muß dieſes innerhalb der erſten drei Monate, von der erfahrenen Delation an

13) Const. cit. §. 14.

gerechnet, geſchehen, weil innerhalb dieſer Friſt das Inventarium angefangen werden muß. Wie nun aber, wenn er keines von allem dieſen thut, weder innerhalb der drei Monate apertissime ausſchlägt, noch mit oder ohne Inventarium antritt, noch endlich um ein spatium deliberandi einkommt? Dann muß nothwendig Eine von folgenden zwei Alternativen eintreten. Entweder der Berufene gilt als einer, der ausgeſchlagen hat, oder er wird behandelt wie einer, der ohne Inventar angetreten hat. Ein Drittes läßt ſich nicht denken, nämlich daß nach jener Friſt Alles noch in derſelben Lage bleibt, wie vorher, und daß der Berufene alſo noch immer freye Wahl behält. Denn dann wäre ja die ſo ſcharfe Beſtimmung jener Friſt für das Antreten oder Ausſchlagen baarer Unſinn. Von den beiden angegebenen Alternativen kann die erſtere nicht füglich angenommen werden. Denn da, nach dem Obigen, dem Berufenen für das freye Ausſchlagen der Erbſchaft ausdrücklich eine Friſt von drei Monaten geſetzt worden iſt, ſo würde es doch offenbar zu einem Widerſpruche führen, wenn das Nichtinnehalten dieſer geſetzlichen Friſt zu demſelben Reſultate führen ſollte, wie das genaue Beobachten derſelben. Daher iſt es wohl bey weitem wahrſcheinlicher, daß umgekehrt die Befugniß, die Erbſchaft auszuſchlagen, jetzt hinwegfällt, und dem gemäß der Berufene ohne weiteres behandelt wird, als habe er die Erbſchaft sine inventario angetreten.

Allerdings iſt das ein Satz, deſſen Wahrheit ſich nicht als apodictiſch gewiß beweiſen läßt. Allein es möchte doch nicht zu gewagt ſeyn, ihn als Vermuthung und Hypotheſe aufzuſtellen, indem folgende nicht ungewichtige Gründe dafür zu ſprechen ſcheinen.

1. Schon der byzantiniſche Anteceſſor Euſtathius, in ſeinem bekannten Werke über die juriſtiſch wichtigen Zeitbeſtimmungen, bemerkt bey der Friſt von drei Monaten, daß nur innerhalb derſelben der Erbe, welcher von der Delation Kunde erhalten hat, durch Repudiation der Erbſchaft ſich

von der Verbindlichkeit, den Creditoren zu haften, befreyen könne [14]).

2. Weit mehr als dieſe äußere Auctorität entſcheidet der innere Grund, daß, wie ſchon oben gezeigt worden iſt, die Worte der Conſtitution, namentlich die ſo gefliſſentliche Erwähnung der drei Monate, gar keinen vernünftigen Sinn und Zweck haben, wenn man nicht von unſerer Hypotheſe ausgeht.

3. Es ſcheint überhaupt im neueſten römiſchen Rechte Princip zu ſeyn, daß derjenige, welcher ſich über die Antretung oder Ausſchlagung einer Erbſchaft innerhalb einer beſtimmten geſetzlichen Friſt erklären ſoll, nunmehr zur Antretung genöthigt, oder auch wohl ohne weiteres als Antretender behandelt wird, wenn er die Friſt ohne eine Erklärung verſtreichen läßt. So namentlich derjenige Teſtamentserbe, welcher, bey bevorſtehender querela inofficiosi testamenti, ſich nicht binnen ſechs Monaten, oder, den Umſtänden nach, binnen Jahresfriſt erklärt [15]). Eben ſo, nach unſerer Conſtitution, derjenige, der ſich innerhalb des ihm ertheilten spatii deliberandi nicht erklärt. Davon mehr weiter unten.

4. Sollten nicht vielleicht ſchon die oben angeführten Worte unſerer Stelle: „utpote hereditate *ex sua voluntate* infixa“ darauf hindeuten, daß unter Umſtänden auch ohne ſeine *voluntas* bey dem Berufenen die Erbſchaft hängen bleibt? Das wäre dann eben der Fall, wenn er binnen drei Monaten nicht apertissime ausgeſchlagen hat.

5. Es läßt ſich ſehr wohl der Zuſammenhang jenes von mir aufgeſtellten Grundſatzes, wenn man ihn als wahr annimmt, mit dem übrigen Inhalte derſelben Juſtinianiſchen Conſtitution nachweiſen.

---

14) Ὁ γραφεὶς κληρονόμος δύναται εἴτε γ μηνῶν προσειτεῖσθαι, καὶ οὐκ ἐνέχεται δανεισταῖς, κἂν πρόεγνω, ὅτι κληρονόμος ἐστί.

15) c. 36. C. 3. 28.

Justinian verfolgte, bey der Einführung des so genannten beneficii inventarii und der damit verbundenen Umgestaltung der bisherigen Deliberationstheorie, einen doppelten Zweck. Einmal sollte dadurch dem berufenen Erben ein sicheres Mittel an die Hand gegeben werden, um auch eine etwas verdächtige Erbschaft ohne Gefahr wirklichen Verlustes anzutreten. Es sollte aber auch ferner dadurch den ungebührlichen Verzögerungen der berufenen Erben, welche oft lange Zeit ohne Erklärung hingehen ließen, wirksam entgegen gearbeitet werden [16]). Ein Zweck, den Justinian auch durch andere Constitutionen verfolgt [17]), und für den ihm das bisherige spatium deliberandi nicht mehr zu genügen schien. Daher das unverkennbare Streben des Kaisers, das gewöhnliche spatium deliberandi auf indirectem Wege aufzuheben, es den Berufenen zu verleiden, indem er durch die eigenthümliche Stellung desselben zu dem neuen Institute des Inventares mehr Nachtheile, als Gewinn an das Deliberiren knüpfte.

Der bisherige Mangel bei dem spatium deliberandi hatte darin bestanden, daß der Erbe schon lange Zeit die Erbschaftsgläubiger und anderen Interessenten hingehalten haben konnte, bevor er auf ihr Andrängen genöthigt war, sich eine Bedenkfrist geben zu lassen. Wurde er nicht gedrängt, so brauchte er vollends gar keine Deliberationsfrist. Diesen Mangel hob Justinian auf folgende Weise.

Es soll zwar noch jetzt erlaubt seyn, wenn man zweifelhaft ist, sich zu bedenken. Allein wer das thun will, der muß, auch wenn er von Niemandem gedrängt wird, dennoch

16) Const. cit. §. 13.
„Sed quia quidam, vel vana formidine, vel callida machinatione pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant, quatenus eis liceat annale tempus *tergiversari*, et hereditatem inspicere et alias contra eam machinationes excogitare" etc.

17) Namentlich gehört hierher die oben erwähnte c. 36. C. 3. 28.

ſchon innerhalb der erſten dreißig Tage, vom Augenblicke der erfahrenen Delation an gerechnet, erklären, daß er deliberiren wolle. Denn ein Jeder, welcher deliberirt, iſt, nach Juſtinian's beſtimmter Vorſchrift, verpflichtet, auch ein Inventarium zu errichten, und zwar mit genauer Beobachtung aller geſetzlichen Formen [18]), wenn er nicht gerade in Gefolge des Deliberirens ſich mancherlei bedeutenden Nachtheilen ausſetzen will [19]). Da nun aber zur ordnungsmäßigen Errichtung des Inventares gehört, daß daſſelbe binnen den erſten dreißig Tagen angefangen wird, da ferner der berufene Erbe, welcher ohne ausdrückliche Erklärung, noch deliberiren zu wollen, ein Inventarium errichtet, faſt nothwendig als pro herede gerens behandelt werden muß, ſo bleibt ihm nichts übrig, als vor dem Anfange des Inventares ſeine Abſicht, vorerſt noch deliberiren zu wollen, auszudrücken. Selbſt wenn er das nicht ausdrücklich erklärt, ſo verſteht es ſich gewiſſermaßen von ſelbſt, weil, wie ſich gleich zeigen wird, die erſten drei Monate eine ſtillſchweigende, von ſelbſt eintretende Deliberationsfriſt bilden.

Das hängt nämlich genau zuſammen mit einer anderen Neuerung Juſtinian's. Denn da er jener älteren Deliberationstheorie nicht günſtig war, und das Bedürfniß nach der gewöhnlichen zu erbittenden Deliberationsfriſt möglichſt wenig fühlbar machen wollte, ſo führte er, in enger Verbindung mit dem Inventarium, ein ſchon dem Geſetze nach von ſelbſt eintretendes spatium deliberandi von regelmäßig drei Monaten ein, d h. von derjenigen Zeit, welche zum Anfang und zur Vollendung des Inventares beſtimmt iſt. Während dieſer Zeit genießt der berufene Erbe, vorausgeſetzt, daß er auch wirklich inventariſirt, nicht bloß alle Vortheile des älteren

18) Const. cit. §. 14.
„*necesse* est enim, omnimodo deliberantem inventarium *cum omni subtilitate* facere.“

19) Const. cit. §. 14.

spatii deliberandi, sondern Justinian erklärt auch selbst mit deutlichen Worten, es sey diese Zeit *ipso jure* dem berufenen Erben *pro deliberatione* zugestanden [20]). Innerhalb dieser gesetzlichen Frist steht es dem Berufenen noch frey, die Erbschaft, deren Bestand er aus dem aufgenommenen Inventare nunmehr kennen gelernt hat, beliebig auszuschlagen. Denn sonst könnte Justinian nicht sagen, diese Frist sey ipso jure *pro deliberatione* zugestanden. Auch beziehen sich wohl mit hierauf die oben angeführten Worte der Constitution, daß, wer sich mit der Erbschaft so befaßt, *ut eam postea non repudiet*, keines Inventares bedürfe. Nur für den Fall, wenn der Berufene mit dieser gesetzlich bestimmten Deliberationsfrist von drei Monaten sich nicht begnügen will, nur dann ist es nöthig, um eine Deliberationsfrist bey dem Gerichte oder Landesherrn förmlich einzukommen; und das gestattet Justinian allerdings daneben, unter gewissen Beschränkungen. Die erbetene längere Deliberationsfrist ist also nur gewissermaßen als eine Verlängerung und Erstreckung der schon von selbst dem Gesetze nach eintretenden Frist zu betrachten.

Da nun die erwähnte gesetzliche Bedenkzeit regelmäßig in drei Monaten besteht [21]), so erklärt es sich sehr leicht und natürlich, warum Justinian, nach dem Obigen, gerade

---

20) Const. cit. §. 11.
„Donec autem inventarium conscribitur, vel si res praesto sint, intra tres menses, vel si abfuerint, intra annale spatium, secundum anteriorem distinctionem nulla erit licentia neque creditoribus, neque legatariis vel fideicommissariis, eos vel inquietare, vel ad judicium vocare, vel res hereditarias quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare; *sed sit hoc spatium ipso jure pro deliberatione heredibus concessum.*"

21) Daß ein Jahr dazu bestimmt ist für den Fall, wenn der Nachlaß sehr verstreut und entfernt liegt, kann nur als seltene Ausnahme gelten.

drei Monate dem Berufenen als Friſt ſtellt, während welcher er ſich noch frey erklären kann, ob er der Erbſchaft gänzlich entſagen wolle. Denn er wird, ſobald er ſich zweifelhaft zeigt, d. h. ſobald er nicht beſtimmt apertissime ſogleich erklärt, antreten oder ausſchlagen zu wollen, während dieſer Zeit als Deliberirender behandelt.

Es erklärt ſich nun aber auch ferner zugleich aus dieſem ganzen Verhältniſſe der andere Punkt, auf welchen es hier ankommt, warum der Erbe, wenn er während der drei Monate nicht beſtimmt ausgeſchlagen hat, ohne weiteres nunmehr behandelt wird, als habe er die Erbſchaft angetreten. Denn das bringt ſchon die Analogie und die Natur des geſetzlich beſtimmten spatii deliberandi mit ſich. Juſtinian hat nämlich ausdrücklich verordnet, daß, wer die ihm zugeſtandene Deliberationsfriſt ohne Erklärung verſtreichen laſſe, nunmehr immer ipso jure wie ein ſolcher behandelt werden ſolle, der die Erbſchaft angetreten hat [22]). Zwar ſtellt der Kaiſer dieſen Grundſatz zunächſt nur bei der beſonders erbetenen Deliberationsfriſt auf; aber es liegt wohl ſo nahe, als möglich, daſſelbe auch auf das von ſelbſt eintretende geſetzliche spatium deliberandi anzuwenden. Denn das erbetene ſoll ja, nach Juſtinian's Darſtellung, nur als Erſtreckung des geſetzlichen gelten, und letzteres iſt ja überhaupt ganz nach Analogie des erſteren gebildet.

Gehen wir von dieſer bisher entwickelten Anſicht aus, ſo findet endlich auch Manches, was ſonſt in unſerer Conſtitution auffallend erſcheinen würde, ſeine einfache Erklärung. So heißt es namentlich im Anfange des §. 2, der ſich un-

22) Const. cit. §. 14.
„vel si eam aspernandam existimaverit, et ad deliberationis auxilium convolaverit, ejus effectum habere; et, si non intra datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur“ etc.

mittelbar] an die obigen Worte des bisher erklärten §. 1. anschließt:

„Sin autem dubius est, *utrumne admittenda sit, nec ne defuncti hereditas*, non putet sibi necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem, vel sese immisceat, *omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur.*“

Hier wird der Fall vorausgesetzt, daß der Berufene noch zweifelhaft, schwankend ist, ob er die Erbschaft annehmen will, oder nicht. Dann bedarf er zwar immer eines Umweges, eines circuitus; allein er braucht sich nicht erst eine Deliberationsfrist zu erbitten, sondern muß nur für alle Fälle ein Inventarium errichten. Daß hier unter der *deliberatio* nur die früherhin gewöhnliche, vom Richter zu bestimmende Bedenkzeit gemeint seyn kann, bedarf wohl keines Beweises. Denn erst weiter hinten in der Constitution wird von Justinian jenes neue, von selbst eintretende spatium deliberandi eingeführt. Wie aber dem Berufenen, auch wo er noch zweifelhaft ist, ob er die Erbschaft annehmen will, *admittere*, gerathen werden kann, nur keck sich mit der Erbschaft zu befassen, falls er nur inventarisirt, das geht aus dem Bisherigen hervor. Denn er mag sich nun späterhin innerhalb der ersten drei Monate bestimmen, wie er will; immer kann er es ohne Gefahr thun. Will er die Erbschaft annehmen, oder behalten, so ist er gesichert als heres cum beneficio inventarii. Gelangt er aber bey dem Inventarisiren zu der Ueberzeugung, daß doch bey der Erbschaft nichts zu gewinnen sey, so kann er noch innerhalb der drei Monate erklären, daß er die Erbschaft nicht haben wolle. Er liefert dann Alles ab, nach Maaßgabe des Inventares. Man könnte nun den Einwurf machen, der Sinn der Anfangsworte des §. 2. sey nur der, daß der Berufene mit dem Inventare unbesorgt gleich für immer die Erbschaft antreten könne, indem für ihn ja auf keinen Fall etwas zu verlieren sey. Allein dem steht entscheidend entgegen der Umstand, daß ja dann Justinian offenbar mehr

verſprochen hätte, als er leiſtet. Denn er ſagt nicht, der Berufene, welcher zweifelhaft ſey, ob bey der Erbſchaft etwas zu riskiren ſey, ſolle nur ohne Furcht mit dem Inventare antreten; ſondern er räth demjenigen, der noch gar nicht weiß, ob er die Erbſchaft haben will, mit der Vorſichtsmaßregel des Inventares ſich zu immiſciren. Alſo muß er ihm doch einen Ausweg laſſen für den Fall, daß er ſich nun ſpäterhin entſchließt, die Erbſchaft nicht zu behalten. Umgekehrt iſt es auch nicht zweifelhaft, warum der Berufene, welcher noch unſchlüſſig iſt, ohne Inventar nicht ganz ſicher gehen kann. Denn, um ſich zu überzeugen, ob die Erbſchaft gut oder ſchlecht ſey, kurz, um zu deliberiren, muß er doch vorerſt, wie jeder Deliberirende, die Erbſchaft unterſuchen, ſich mit ihr vorläufig befaſſen. Hat er aber das ohne Inventar gethan, und ſchlägt er nun, wenn gleich innerhalb der drei Monate, die Erbſchaft aus: ſo muß er ſich den Manifeſtationseid der Erbſchaftsgläubiger oder der ſonſtigen Erbintereſſenten gefallen laſſen. Denn dieſen Nachtheil droht ja Juſtinian ganz allgemein Jedem an, der, ohne zu inventariſiren, deliberirte, und hinterdrein dennoch ausſchlägt [23]). Darauf weiſet ferner auch ſchon der Umſtand hin, daß im §. 1. unſerer Conſtitution von demjenigen, welcher innerhalb drei Monaten ausſchlägt, ausdrücklich bemerkt wird, nur dann ſey er ohne alle circuitus, Weitläuftigkeiten von der Erbſchaft los, wenn er non titubante animo, alſo ohne einen Augenblick Zweifel geäußert zu haben, ganz beſtimmt, apertissime ausſchlägt. Unmittelbar darauf folgt nun das, was über denjenigen, welcher *dubius* iſt, geſagt wird, wie er jedenfalls des Inventares bedürfe. Das ſetzt denn doch nothwendig voraus, daß, wer, nachdem er erſt deliberirt hat, ohne Inventarium innerhalb dreier Monate ausſchlägt, nicht ſo ganz ohne Nachtheil und Gefahr ſich von der Erbſchaft losmachen kann.

---

23) Const. cit. §. 14. fin.

Schließlich noch zwei Bemerkungen.

Erstens darf man sich nicht daran stoßen, daß Justinian das von mir entwickelte Verhältniß nicht so deutlich ausspricht. Denn das liegt eben in der Natur der Sache, indem er mit einer einzigen kurzen Constitution das ganze frühere Recht aufhob, und so Manches übersah, oder nur kurz und unvollständig berührte.

Die zweite Bemerkung besteht darin, daß ich selbst keineswegs das Gewagte der von mir versuchten Interpretation verkenne. Ich habe es daher auch nur als eine Idee, als Vermuthung hingestellt, und bin sehr bereit, sie wieder aufzugeben, sobald nur auf andere genügendere Weise mir erklärt wird, warum Justinian verordnet, daß der berufene Erbe nur dann, falls er non titubante animo, apertissime *intra trium mensium spatium*, der Erbschaft entsagt, von der Erbschaft ganz ohne Inventar und andere circuitus loskommen könne. Denn daß eine so auffallende, neue Vorschrift doch irgend einen Sinn haben müsse, und daß man sich doch nicht so ganz über die Erwähnung jener Frist für die Ausschlagung hinwegsetzen dürfe, davon bin ich vollkommen überzeugt.

VII.

C. 3. C. 5. 74.

Warum wird, so viel mir bekannt ist, nirgends bey der Schenkung als Eigenthümlichkeit hervorgehoben, daß zu denjenigen Personen, welche gänzlich unfähig sind, Schenkungen gewisser Art vorzunehmen, die Minderjährigen, wegen ihres Alters, gehören, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie unter Curatoren stehen, oder nicht, ob sie venia aetatis erlangt haben, oder nicht? Sie können nämlich keine Grundstücke verschenken, auch nicht, wenn die Vormünder consentiren, und nicht einmal in Gefolge eines obrigkeitlichen Decretes.

„Cum autem donationes a minoribus *nec cum decreto* celebrari possint, si minor *vel post veniam aetatis*, rem immobilem donationis titulo in alium, excepta propter nuptias donatione, transscripserit, non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post viginti quinque annos impletos inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore acquiescente effluxerit "

Es iſt dieſes allerdings etwas Eigenthümliches und Beſonderes, was ſich nicht aus den gewöhnlichen Grundſätzen erklärt. Zwar ſcheint v. Bülow [24]) es als etwas ſich von ſelbſt Verſtehendes anzuſehen, und daraus herzuleiten, als ſey es eine natürliche Folge des bekannten Princips, daß Vormünder überhaupt nicht verſchenken dürfen. Allein das iſt offenbar hier nicht der entſcheidende Grund. Denn daß der Vormund nichts verſchenken darf, kommt daher, weil Adminiſtratoren eines fremden Vermögens nicht zu Schenkungen befugt ſind. Was dagegen Juſtinian in der erwähnten Conſtitution ſagt, das trifft den *minor* ſelbſt, auch ganz ohne Rückſicht auf den Curator, namentlich auch denjenigen, welcher venia aetatis erlangt hat. Es iſt ferner hier nur die Rede von Schenkungen der Grundſtücke, während der Vormund überhaupt gar nichts vom Mündelvermögen verſchenken darf. Endlich hängt es auch nicht blos mit der gewöhnlichen beſchränkten Veräußerungsbefugniß des minor und desjenigen, welcher venia aetatis erlangt hat, zuſammen. Denn ſonſt müßte er doch cum decreto die Schenkung gültig vornehmen können.

Auffallend iſt es übrigens, daß Juſtinian in einer anderen Conſtitution von demſelben Jahre und ſogar Monate, in c. 3. C. 2. 45, wo man es doch erwarten ſollte, jenen ſtrengen Grundſatz über die Schenkungen von Grundſtücken

24) Abhandlungen über einzelne Materien des römiſchen Rechts. Th. 1. Nr. 10.

nicht erwähnt. Als ein bloßes Verſehen kann unſere Stelle doch nicht wohl betrachtet werden; dafür redet ſie zu beſtimmt.

VIII.

Nov. 81. c. 1.

Das Heraustreten aus der väterlichen Gewalt in Gefolge einer gewiſſen dignitas gewährt bekanntlich dem Herausgetretenen nicht blos die Rechte, welche ein Emancipirter hat, ſondern noch mehr. Denn es verbleiben ihm die jura legitima. Allein es ſcheint in der Novelle noch etwas zu liegen, was gewöhnlich ganz überſehen wird, nämlich die Vorſchrift, daß dem durch dignitates aus der Poteſtas Heraustretenden das bisherige ſ. g. peculium profectitium verbleibt. Die Stelle lautet nach der Vulgata ſo:

„Si ergo ab imperio sic honoratorum aliqui sint patres, qui, si non hoc esset, etiam ipsi pariter studerent, imperium pro istis petentes: quapropter sive est aliquis nunc quidem sub potestate iis fruens honoribus, aut cingulis, quos in primis enumeravimus, sive postea erit, etiam hunc jus potestatis suae sequatur, *et peculium ei donans*, et arbitrii liberi esse praebens ac digne agere honore et judicio super his ab imperio habito. Hoc enim multo major patribus laus erit, et laetitiae occasionem praebebit magnae.“

Gewöhnlich verſteht man die Worte: *peculium ei donans* ſo, daß, als natürliche Folge ſeines Heraustretens aus der Poteſtas, das bisherige Hauskind nunmehr die freye Verwaltung und Benutzung der Adventitien erhalte [25]). Allein dieſer Erklärung ſteht ſehr Vieles entgegen.

Erſtens würde es ſchon an ſich höchſt auffallend ſeyn, daß Juſtinian eine ſolche natürliche, ja nothwendige Folge beſonders hervorhebt. Denn es verſteht ſich von ſelbſt, daß,

25) Cujacii Expos. Nov. ad Nov. 81.

nach aufgehobener väterlicher Gewalt, der Vater die bisherigen Rechte an den Adventitien nicht behalten kann.

Noch weniger paßt ferner der Ausdruck *donare*. Denn da der Sohn schon als Filiusfamilias Eigenthümer der Adventitien war, so können ihm dieselben nicht erst noch geschenkt werden.

Entscheidend ist drittens der Umstand, daß der gebrauchte Ausdruck *peculium* fast nothwendig auf das s. g. profectitium hinweist. Es ist erst vor Kurzem von dem Herrn geheimen Justizrathe Hugo [26]) bemerkt und scharfsinnig durchgeführt worden, daß dasjenige Vermögen des Hauskindes, welches wir heutzutage peculium adventitium zu nennen pflegen, in unseren Rechtsquellen nirgends *peculium* genannt wird, weder von Justinian, noch von einem früheren Kaiser. Am allerwenigsten läßt sich aber das vermuthen da, wo, ohne weiteren Zusatz und Umschreibung, schlechtweg das *peculium* erwähnt wird. Dann ist immer in unseren Quellen, selbst mit Ausschluß des castrense und quasi castrense, lediglich das peculium concessum, oder, nach dem neueren Ausdrucke, das profectitium gemeint. Daher kann schon aus diesem Grunde Justinian hier, wo er geflissentlich, sogar im griechischen Texte, welcher Originaltext zu seyn scheint, τό τε πεκούλιον nennt, nichts anderes darunter verstanden haben, als das s. g. profectitium. Auch Julian in der Epitome sagt schlechtweg: sequatur autem eos et peculium, quod filiifamilias constituti antea habebant.

Vergleicht man nun vollends andere Stellen, wo das *peculium* in ähnlichem Zusammenhange von Justinian erwähnt wird, mit unserer Novelle, so wird die von mir aufgestellte Ansicht noch wahrscheinlicher und fast zur Gewißheit erhoben. In einer früheren Constitution [27]) hebt Justinian

26) Civ. Mag. Bd. V. H. 4. Abhdl. 19. S. 508.
27) c. 6. C. 8. 59.

die alte Form der Emancipation auf, ſpricht von den beiden anderen übrig bleibenden Emancipationsarten, und ſagt bey deren Beſtätigung:

„Jubemus, hujusmodi circuitu in posterum quiescente, licentiam ei esse, qui emancipare vult, — — — et filios suos, vel filias, nepotes, vel neptes, vel deinceps progeniem in potestate sua constitutam a sua manu dimittere, et legitima jura omnimodo habere, etsi non specialiter hoc sibi servaverit, *et peculium donare* vel alias res liberalitatis titulo in eos transferre, *et eas res*, *quae acquiri indignantur*, per usumfructum secundum nostrae constitutionis modum detinere“ etc.

Hier, wo ebenfalls von der Aufhebung der väterlichen Gewalt die Rede iſt, wird das *peculium donare* um ſo ſicherer von dem *profectitium* zu erklären ſeyn, als ausdrücklich das, was wir adventitium nennen, durch *eac res*, *quae adquiri indignantur*, im Gegenſatze des *peculii*, bezeichnet wird.

Endlich läßt ſich auch ſonſt aus dem ganzen inneren Zuſammenhange und Geiſte unſerer Novelle 81. erklären, warum der durch Würden aus der Poteſtas heraustretende Sohn das peculium profectitium behalten ſoll. Denn Juſtinian giebt am Schluſſe der Stelle nicht undeutlich zu verſtehen, es ſolle dafür geſorgt werden, daß die ſo mit Würden geehrten Söhne auch auf eine, ihres Amtes würdige Weiſe leben könnten, und daß den Vätern ſelbſt daran gelegen ſeyn müſſe. Darin liegt gewiſſermaßen eine Rechtfertigung jener, freylich zum Nachtheile der Väter eingeführten Neuerung. Auch erklärt der Kaiſer im folgenden §. 2, die ſo aus der Poteſtas Herausgetretenen ſollten von ihren Rechten, welche ſie als Hausſöhne gehabt, keins verlieren. Sie würden aber in der That davon verlieren, wenn ſie das bisherige peculium profectitium herausgeben müßten. Nicht ſowohl darum, weil ſie die bisherige Verwaltungsbefugniß verlieren, ſondern viel-

mehr darum, weil ſie dadurch die Ausſicht verlieren, künftig einmal das Peculium für ſich zu behalten. Die Ausſicht war ihnen allerdings bey fortdauernder Poteſtas eröffnet; theils indem möglicher Weiſe bey dereinſtiger Emancipation der Vater ihnen das Peculium laſſen konnte, theils indem ſie unter gewiſſen Umſtänden erwarten dürfen, bey Beerbung ihres Vaters das Peculium zum voraus zu behalten.

VI.

§. 1. J. 4. 4.

„Furtum est contrectatio fraudulosa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve“ [28]).

Daß es ein furtum *possessionis* gebe, leidet keinen Zweifel; wohl aber, welche Fälle ſich die Römer darunter dachten. Denn es wird uns das nirgends beſtimmt geſagt. Faſt allgemein [29]) rechnet man dahin die Fälle, wenn man ſeine eigene Sache aus fremdem Beſitz entwende. Allein Theophilus ſtellt die Sache anders dar. Nach ihm begeht derjenige ein furtum possessionis, welcher eine ihm als Pfand oder Depoſitum in Beſitz gegebene fremde Sache als Eigenthümer beſitzt [30]). Daſſelbe nimmt an der Scholiaſt zu den Baſiliken [31]).

Da nun für die gewöhnliche Meinung gar keine ſolche äußere Auctorität ſpricht, ſo möchte die Anſicht von Theo-

---

28) Vergl. fr. 1. D. 47. 2, wo nur die Worte lucri faciendi gratia hinter fraudulosa eingeſchaltet ſind.

29) Eine Ausnahme machte Feuerbach in den früheren Ausgaben ſeines Lehrbuches des Criminalrechts, und er wird deshalb getadelt von Klein, Reviſion der Grundbegriffe über das Verbrechen des Diebſtahls, S. 121. Aber Feuerbach hatte allerdings Recht, und hätte in der ſpäteren Ausgabe ſeine Anſicht nicht gegen die gewöhnliche aufgeben ſollen.

30) Theoph. ad §. 1. J. 4. 1.
„περὶ νομὴν δὲ, ὅτε τὸ δοθὲν ἐπὶ τῷ νέμεσθαι, ὡς ἐνέχυρον, ἢ ὡς δεπόσιτον, νέμομαι ὡς δεσπότης.“

31) Tom. VII. pag. 315.

philus den Vorzug verdienen. Denn ſie iſt an ſich nicht bloß eben ſo denkbar, ſondern ſogar aus inneren Gründen wahrſcheinlicher. Erſtens würde, nach der gewöhnlichen Anſicht, der Fall, wenn Jemand eine ihm als Depoſitum oder Pfand anvertraute Sache dolos als Eigenthümer beſitzt, zu dem furtum *rei ipsius* gezählt werden müſſen. Allein es erſcheint doch gewiß unnatürlich, von demjenigen, welcher die Sache ſchon hat, zu ſagen, er begehe das Furtum zunächſt an der Sache ſelbſt. Denn was er dem Andern entziehen, und was er ſich ſelbſt zuwenden will, iſt ja eben nicht die ſchon vorher innegehabte Subſtanz der Sache, ſondern die *possessio* derſelben, der Eigenthumsbeſitz. Um ſo mehr, weil er ja zum gewöhnlichen Innehaben der Sache ſelbſt vollkommen befugt war. Das charakteriſtiſche Merkmal des Furti liegt ja hier eben allein in dem Zuſchreiben des Eigenthumsbeſitzes, gerade ſo wie das Charakteriſtiſche des furtum *usus* in dem Anmaßen, nicht der Sache, ſondern des widerrechtlichen Gebrauches derſelben.

In unſeren Quellen wird zweitens da, wo von den Fällen des gewöhnlich angegebenen furti possessionis die Rede iſt, nicht ſelten geradezu ausgeſprochen, daß es ein furtum *rei* [32]) ſey, nur freylich ein furtum *suae rei* [33]).

Demnach ſcheint man bisher das furtum *suae rei* mit dem furtum *possessionis* verwechſelt zu haben.

---

32) S. B. fr. 15. §. 1. D. 47. 2.
„Dominus, qui *rem* subripuit, in qua ususfructus alienus est, furti usufructuario tenetur.“
fr. 19. §. 6. D. eod.
„Furtum autem *rei pignoratae* dominus non tantum tunc facere videtur“ etc.

33) §. 10. J. 4. 1.
„Aliquando autem etiam *suae rei furtum* quis committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.“